

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00391 vom 16. Juni 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-06-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2007.00391](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2007.00391)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00391 du 16 juin 2008

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2007.00391 del 16 giugno 2008

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Eine Person hat unter den Voraussetzungen in Art. 8 ff. des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldung (AVIG) Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung.

1.2 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG unter den in lit. a-d genannten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Erforderlich ist unter anderem, dass ein anrechenbarer Arbeitsausfall im Sinne der Kriterien in Art. 32 AVIG vorliegt (Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG) und dass das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG).

Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Nach der Rechtsprechung ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen. Amtet ein Arbeitnehmer als Verwaltungsrat, so ist eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne der betreffenden Regelung ex lege gegeben, und zwar selbst dann, wenn seine Kapitalbeteiligung klein ist und er nur über die kollektive Zeichnungsberechtigung verfügt (BGE 123 V 237 Erw. 7a mit Hinweisen).

1.3 Hinsichtlich des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung findet sich in Art. 8 ff. AVIG keine der Regelung bei Kurzarbeit entsprechende Norm. Mit Bezug auf den Anspruch der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten arbeitgeberähnlichen Personen auf Arbeitslosenentschädigung ist nach der Rechtsprechung indessen eine Umgehung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung möglich, wobei verschiedene Fallkonstellationen zu unterscheiden sind. Wird ein Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers mit arbeitgeberähnlicher Stellung gekündigt, kann nicht von einer Gesetzesumgehung gesprochen werden, wenn der Betrieb geschlossen wird, das Ausscheiden des betreffenden Arbeitnehmers mithin definitiv ist. Entsprechendes gilt für den Fall, dass das Unternehmen zwar weiter besteht, der Arbeitnehmer aber mit der Kündigung endgültig auch jene Eigenschaft verliert, deretwegen er bei Kurzarbeit auf Grund von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgenommen wäre.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Eine grundsätzlich andere Situation liegt jedoch dann vor, wenn der Arbeitnehmer nach der Entlassung seine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb beibehält und dadurch die Entscheidungen des Arbeitgebers weiterhin bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann (BGE 123 V 237 f. Erw. 7b/bb).

## E. 2

2.1 Ä Ä Ä Strittig und zu prägen ist, ob der Beschwerdeführer für die Zeit ab 15. März 2007 Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung hat.

2.2 Ä Ä Ä Der Beschwerdegegner verneinte diesen Anspruch mit der Begründung, der Beschwerdeführer sei nach seiner Kündigung, mithin vom 1. Januar bis 14. März 2007 selbständig erwerbend gewesen, weshalb kein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestehe. Der Zweck von Art. 31 Abs. 3 AVIG sei die Vermeidung von Missbräuchen (Selbstaussstellung von Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalles, Mitbestimmung oder Mitverantwortung der Geschäftsführung und des Geschäftsganges), und der Leistungsausschluss sei absolut zu verstehen. Eine versicherte Person mit arbeitgeberähnlicher Stellung habe auch dann keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung, wenn sie nur für kurze Zeit in einem Drittbetrieb unselbständig tätig war. Habe eine versicherte Person weiterhin eine arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb A inne und mache sie einen Verlust einer unselbständigen Erwerbstätigkeit ohne arbeitgeberähnliche Stellung im Betrieb B geltend, könne eine Arbeitsausfall nur entschädigt werden, wenn die beitragspflichtige Beschäftigung im Drittbetrieb wenigstens sechs Monate gedauert habe und die Mindestbeitragszeit von zwölf Monaten erfüllt sei.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Der Beschwerdeführer habe sich vom 1. Januar bis 14. März 2007 vollzeitlich und ausschliesslich seiner selbständigen Erwerbstätigkeit gewidmet. Vor seiner Anmeldung zum Leistungsbezug am 15. März 2007 habe er keine sechsmonatige Arbeitnehmertätigkeit ausgeübt und erleide somit keinen Arbeitsausfall als unselbständig Erwerbender (Urk. 2 S. 4-5).

2.3 Ä Ä Ä Dagegen stellte der Beschwerdeführer in Abrede, er habe seine Anstellung bei der A. \_\_\_ aufgegeben, weil er sich habe selbständig machen wollen. Vielmehr sei die Kündigung auf die desolaten Zustände bei der Arbeitgeberin zurückzuführen. Nach der Kündigung habe er verschiedene Optionen geprüft, unter anderem eine selbständige Tätigkeit als Immobilienverkäufer, aber auch als Unselbständigerwerbender. Zudem treffe es nicht zu, dass er bis am 14. März 2007 voll selbständig gewesen sei. Vielmehr habe er bereits im Januar 2007 von diesem Plan Abstand genommen und mit der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung lediglich zugewartet in der Hoffnung, rasch eine Anstellung zu finden (Urk. 1 Ziff. 2b).

2.4 Ä Ä Ä Zu prägen ist zunächst, ob der Beschwerdeführer als selbständig Erwerbender zu betrachten und als solcher von der Anspruchsberechtigung ausgeschlossen ist.

## E. 3

3.1 Ä Ä Ä Der Kündigung des Beschwerdeführers vom 10. November 2006 ist zu entnehmen, dass er das Arbeitsverhältnis mit der A. \_\_\_ auflöste, weil er sich entschieden hatte, sich neuen, selbständigen Tätigkeitsfeldern zuzuwenden.

Dementsprechend ersuchte er die Arbeitgeberin mit der Kündigung um Ausrichtung der Freizügigkeitsleistung der beruflichen Vorsorge auf sein Postkonto (Urk. 7/57). Im Schreiben vom 16. April 2007 legte der Beschwerdeführer auf Anfrage der Arbeitslosenkasse weiter dar, im Zeitpunkt der Kündigung habe er beabsichtigt, als Lizenznehmer von D. ... tätig zu werden (Urk. 7/58). Anlässlich der persönlichen Befragung am 14. Juni 2007 führte er aus, er habe die Kündigung beziehungsweise die desolaten Zustände bei der A. ... als Anlass genommen, sich wieder selbstständig zu machen (Urk. 7/9). Aus privaten Gründen sei dieses Vorhaben schon kurz vor Weihnachten (beziehungsweise Anfang Januar 2007; vgl. Urk. 7/9) zusammengebrochen, weshalb er den Start als Immobilienmakler habe begraben lassen (Urk. 7/58).

Sodann ist ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer seit 1994 (B. ...; Urk. 7/41) beziehungsweise seit 1995 (C. ...; Urk. 7/39) Inhaber zweier im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragenen Einzelfirmen ist. Seit 1. September 1994 war er zudem der Ausgleichskasse des Kantons Zürich als Selbständigerwerbender im Hauptberuf angeschlossen (vgl. Mitteilung der Ausgleichskasse vom 5. Juni 2007; Urk. 7/25).

3.2 Aufgrund dieser Aktenlage ist erstellt, dass der Beschwerdeführer seine Vollzeitanzstellung bei der A. ... kündigte, um eine selbstständige Erwerbstätigkeit als Immobilienmakler aufzunehmen. Der Einstieg als selbständiger Immobilienberater war mithin nicht eine Reaktion auf den Verlust einer Arbeitsstelle. Vielmehr gab der Beschwerdeführer jenes - gemäss seiner Darstellung unbefriedigende (vgl. Urk. 7/58) - Arbeitsverhältnis gerade mit dem Ziel auf, sich selbstständig zu machen.

Im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug am 30. März 2007 (Urk. 7/46) hatte er zwar keine arbeitgeberähnliche Stellung in engem Sinne inne. Allerdings sind in der Regel andauernd selbstständig erwerbende Personen bereits von vornherein vom Arbeitslosentaggeldbezug ausgeschlossen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 21. Dezember 2005 in Sachen A., C 9/05, Erw. 2.3).

Die Anwendung der in Erw. 1.2-3 hiervoor erwähnten Rechtsprechung, wonach eine Überprüfung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung unter dem Gesichtspunkt der rechtsmissbräuchlichen Gesetzesumgehung möglich sein muss, rechtfertigt sich daher gleichermassen bei selbstständig Erwerbenden, welche sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmelden. Dabei ist massgebend, ob der Status des Selbständigerwerbenden mit dem Ziel dauernder wirtschaftlicher und unternehmerischer Unabhängigkeit beibehalten wird (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 21. Dezember 2005 in Sachen A., C 9/05, Erw. 2.3).

3.3 Seit dem 1. September 1994 ist der Beschwerdeführer bei der Ausgleichskasse als selbständig Erwerbender registriert (Urk. 7/25). Er machte auch bei der Anmeldung zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung am 30. März 2007 sowie in der Zeit danach keine Anstalten, diesen Status aufzugeben. Vielmehr erklärte er in der persönlichen Befragung, er bleibe weiterhin als Selbständigerwerbender erfasst, weil er dergestalt mit der auf Eis gelegten Selbstständigkeit noch eine Absicherung habe, falls es mit seinen Plänen nicht klappe (Urk. 7/10 Ziff. 9).

Weiter hat sich der Beschwerdeführer im Februar 2007, mithin nach dem angeblichen Scheitern des Aufbaus seiner selbständigen Maklertätigkeit, die Freizügigkeitsleistung in der Höhe von Fr. 10'030.50 auszahlen lassen (vgl. auch Urk. 7/57 und Urk. 7/16) und diese für seinen Lebensunterhalt verwendet (Urk. 7/9 Ziff. 3). Für die Barauszahlung der Freizügigkeitsleistung bildet die Stellung als Selbständigerwerbender zwingende Voraussetzung (Art. 5 Abs. 1 lit. b des Freizügigkeitsgesetzes). Im Mail vom 30. April 2007 legte der Beschwerdeführer dementsprechend dar, er habe die Absicht gehabt, als Lizenznehmer für D. tätig zu werden; dies wäre eine selbständige Erwerbstätigkeit gewesen, wie für alle Makler im Immobilienumfeld (Urk. 7/86).

Zwar hat der Beschwerdeführer für die Zeit von der Kündigung bis zur Anmeldung zum Leistungsbezug verschiedene Arbeitsbemühungen angegeben (Urk. 3/5), doch sprechen diese nicht gegen die in den übrigen Unterlagen ausgewiesene Absicht der Aufnahme einer dauernden selbständigen Erwerbstätigkeit. Ausser bei zwei Bewerbungen handelte es sich bei den Suchbemühungen um lediglich mündliche Anfragen für Arbeiten (Berater, Makler, Betreuer), welche ins Tätigkeitsgebiet der Einzelfirmen des Beschwerdeführers fielen, nämlich Beratung in Versicherungs-, Steuer- und Vermögensfragen (vgl. 7/39-42). Im Weiteren lässt auch der Vermerk, dass jeweils kein Fixum bezahlt werde (vgl. Urk. 3/5), darauf schliessen, dass es sich bei diesen Suchbemühungen zur Hauptsache um Anfragen für im Rahmen der angestrebten selbständigen Erwerbstätigkeit ausübende (Makler-)Aufträge auf Provisionsbasis gehandelt hat.

Die Frage, ob seine selbständige Erwerbstätigkeit auf Dauer ausgerichtet gewesen sei, beantwortete der Beschwerdeführer mit «heute nicht mehr» (Urk. 7/16), und führte am 14. Juni 2007 dazu aus, er wolle nicht mehr im Versicherungsbereich tätig sein, sondern etwas anderes machen, was eine Aus- oder Weiterbildung erfordere, mithin eine Tätigkeit im Sozialbereich (Urk. 7/9-10 Ziff. 5 und Ziff. 16). Aufgrund der Akten lässt sich zwar nicht abschliessend beurteilen, weshalb sich die Pläne des Beschwerdeführers betreffend seine selbständige Erwerbstätigkeit als Immobilienberater zerschlugen («private Gründe», Urk. 7/58) und er sich am 30. März 2007 zur Arbeitsvermittlung anmeldete. Dennoch ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beschwerdeführer wenigstens im Zeitpunkt der Kündigung, im Januar 2007 (vgl. Urk. 7/9 Ziff. 4) beziehungsweise bis zur Auszahlung der Freizügigkeitsleistung im Februar 2007 (Urk. 7/16) als selbständiger Immobilienmakler das Ziel einer wirtschaftlichen und unternehmerischen Unabhängigkeit verfolgte. Aufgrund der dargelegten Umstände steht zudem ausser Frage, dass diese Beschäftigung auf Dauer angelegt war, auch wenn sich der Beschwerdeführer - wohl auf Grund seiner prekären finanziellen Lage nach Verbrauch der Freizügigkeitsleistung (vgl. Urk. 7/58) - schon nach wenigen Monaten zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung anmeldete.

Zwar kann angenommen werden, dass sich das Tätigkeitsfeld des Immobilienmaklers nicht hat erschliessen lassen und dieses Projekt nach der Anmeldung zum Leistungsbezug auch nicht mehr weiter verfolgt wurde. Doch hielt der Beschwerdeführer seine Einzelfirmen weiterhin aktiv für eine wirtschaftliche Absicherung (Urk. 7/10 Ziff. 9), womit er zu erkennen gab, dass seine selbständige Beschäftigung grundsätzlich auf Dauer angelegt war. Aus dem Hinweis, er habe die

selbständige Geschäftstätigkeit lediglich ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten aus (vgl. Urk. 7/16), vermag der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Denn für die Verneinung der Anspruchsberechtigung genügt das Risiko, dass auf das Ausmass der selbständigen Erwerbstätigkeit praktisch ohne Kontrolle durch die Versicherungsträger Einfluss genommen werden kann (BGE 123 V 238 Erw. 7b/bb).

Es ist dem Beschwerdegegner daher zuzustimmen, dass dem Beschwerdeführer unter diesen Umständen keine Arbeitslosenentschädigung zusteht.

#### E. 4

4.1 Der Beschwerdeführer hat die Arbeitslosenkasse auf ihre Anfrage vom 17. April 2007 betreffend die selbständige Erwerbstätigkeit hin (Urk. 7/44) am 20. April 2007 dahin gehend informiert, mit seinen Einzelfirmen habe er seit 2001 keine Einkommen erzielt (Urk. 7/19). Am 30. April 2007 hat er ausserdem erklärt, dass er bereit und in der Lage sei, seine selbständige Erwerbstätigkeit zu Gunsten einer Arbeitnehmertätigkeit aufzugeben (Urk. 7/16).

Da die Verwaltung somit im Verlauf des Verfahrens Kenntnis von der Erwerbssituation des Beschwerdeführers erlangte, stellt sich die Frage, ob sie ihn ausreichend über die mit seinem Status als Selbständigerwerbender verbundenen Risiken hinsichtlich seines Leistungsanspruchs aufgeklärt hat oder hätte aufklären müssen.

Gemäss Art. 27 ATSG sind die Versicherungsträger und Durchführungsorgane der einzelnen Sozialversicherungen verpflichtet, im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches die interessierten Personen über ihre Rechte und Pflichten aufzuklären (Abs. 1). Jede Person hat Anspruch auf grundsätzlich unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten. Dafür zuständig sind die Versicherungsträger, denen gegenüber die Rechte geltend zu machen oder die Pflichten zu erfüllen sind. Für Beratungen, die aufwendige Nachforschungen erfordern, kann der Bundesrat die Erhebung von Gebühren vorsehen und den Gebührentarif festlegen (Abs. 2). Stellt ein Versicherungsträger fest, dass eine versicherte Person oder ihre Angehörigen Leistungen anderer Sozialversicherungen beanspruchen können, so gibt er ihnen unverzüglich davon Kenntnis (Abs. 3).

Nach Art. 19a Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) klären die in Art. 76 Abs. 1 lit. a-d AVIG genannten Durchführungsstellen die Versicherten über ihre Rechte und Pflichten auf, insbesondere über das Verfahren der Anmeldung und über die Pflicht, Arbeitslosigkeit zu vermeiden und zu verkürzen (Abs. 1). Die Kassen klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus dem Aufgabenbereich der Kassen ergeben (Art. 81 AVIG; Art. 19a Abs. 2 AVIV). Die kantonalen Stellen und die RAV klären die Versicherten über die Rechte und Pflichten auf, die sich aus den jeweiligen Aufgabenbereichen ergeben (Art. 85 und Art. 85b AVIG; Art. 19a Abs. 3 AVIV).

Die Kasse kann einen Fall der kantonalen Stelle zum Entscheid unterbreiten, wenn Zweifel bestehen, ob der Versicherte anspruchsberechtigt ist (Art. 81 Abs. 2 lit. a AVIG). Im Kanton Zürich ist gemäss § 1 der Verordnung vom 26. Oktober 2000 zum Einführungsgesetz zum Arbeitslosenversicherungsgesetz der Beschwerdegegner zuständige kantonale Stelle für den Vollzug des

Arbeitslosenversicherungsgesetzes (BGE 133 V 253 Erw. 5.1).

4.3. Aufgrund des vorstehend Gesagten (Erw. 3.2-3) ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer sein Arbeitsverhältnis am 10. November 2006 kündigte, um eine andauernde, selbständige Erwerbstätigkeit als Immobilienmakler aufzunehmen. Diese Sachlage führte zur Hauptsache zur Verneinung der Anspruchsberechtigung, während dem Umstand, dass der Beschwerdeführer Inhaber der seit Jahren im Handelsregister eingetragenen Einzelfirmen ist, keine ausschlaggebende Bedeutung zukam, was im Übrigen die Bejahung der Anspruchsberechtigung in der vorangegangenen, bis 2. Juni 2004 dauernden Rahmenfrist belegt (vgl. Urk. 3/3).

Im Zeitpunkt der Anmeldung zum Leistungsbezug, das heisst am 15. März 2007, war diese Kündigung und der versuchte Aufbau der selbständigen Erwerbstätigkeit längst erfolgt. Daher traf den Versicherungsträger auch keine Beratungspflicht, da der Beschwerdeführer angesichts der bereits aufgenommen selbständigen Erwerbstätigkeit im Nachhinein keine Möglichkeiten mehr hatte, mit seinem Verhalten auf seinen Leistungsanspruch Einfluss zu nehmen. Mithin ging es hier - im Unterschied zum Sachverhalt, wie er BGE 131 V 472 zu Grunde lag - nicht um ein künftiges Verhalten der versicherten Person, sondern um die vor der Anmeldung zum Leistungsbezug ausgeübte, auf Dauer ausgerichtete selbständige Erwerbstätigkeit. Ein Hinweis der Verwaltung, eine beabsichtigte - den Leistungsanspruch gefährdende - Handlung zu überdenken, war darum nicht mehr möglich.

Aus der Aufklärungs- und Beratungspflicht gemäss Art. 27 ATSG kann auch nicht abgeleitet werden, dass der versicherten Person vorgängig einer ablehnenden Verfügung Gelegenheit zur Änderung der angetroffenen Situation eingeräumt wird, falls die bisherigen Verhältnisse auf das Fehlen einer Anspruchsvoraussetzung zum Bezug von Arbeitslosentaggeldern schliessen lassen (BGE 133 V 256 Erw. 7.3).

Somit vermag der Beschwerdeführer auch aus der Aufklärungs- und Beratungspflicht nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Es hat daher bei der Verneinung der Anspruchsberechtigung sein Bewenden, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Jörg Bettoni
- Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA)
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- Arbeitslosenkasse IAW, Zürcherstrasse 41, 8400 Winterthur

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2.

Januar (Art. 46 BGG).

Â Â Â Â Â Â Â Â Â Â

Â Â Â Â Â Â Â Â Â Â Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Â Â Â Â Â Â Â Â Â Â Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren BegrÃ¼ndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des BeschwerdefÃ¼hrers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in HÃ¤nden hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht verÃ¶ffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.